

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 602447/NT 16-19OJ

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT AMSTERDAM

Beslissing van 14 juli 2016 in de klacht met nummer 602447/NT 16-19 OJ van:

Bureau Financieel Toezicht,
gevestigd te Utrecht,
hierna: het BFT;

tegen:

[kandidaat-notaris],
kandidaat-notaris te [plaats],
raadsman: mr. V.J.N. van Ooijen,
hierna: de kandidaat-notaris.

1. Het verloop van de procedure

De kamer is uitgegaan van de volgende stukken:

- klacht met bijlagen van 1 februari 2016;
- verweer met bijlage van 9 maart 2016.

Bij brief van 1 februari 2016 heeft het BFT de kamer vier klachten, waaronder de onderhavige, gezonden. De andere klachten zijn gericht tegen kandidaat-notaris mr. [B] en notarissen mr. [C] en mr. [D]. Het BFT heeft de kamer verzocht om deze vier klachten, gebaseerd op de rapportage van het onderzoek door het BFT ingesteld op het notariskantoor [naam], gezamenlijk te behandelen.

De kamer heeft het verzoek van het BFT ten aanzien van mrs. [B] en [C] afgewezen, omdat beiden niet (meer) in het ressort Amsterdam werkzaam zijn en deze kamer daarom niet bevoegd is de klachten tegen hen te beoordelen. Die klachten zijn vervolgens doorgezonden aan de rechtsbevoegde kamers voor het notariaat, respectievelijk Den Haag en Arnhem. De klacht tegen notaris mr. [D], met nummer 602446/NT 16-18 OJ, is wel gezamenlijk met de onderhavige klacht door de kamer behandeld.

Bij de mondelinge behandeling van de klacht op 2 juni 2016 zijn verschenen: mrs. A.T.A. Tilleman en A.M. Drenth namens het BFT, en de kandidaat-notaris, bijgestaan door haar raadsman. Partijen hebben het woord gevoerd aan de hand van pleitaantekeningen. Uitspraak is bepaald op 14 juli 2016.

2. De feiten

De kamer gaat uit van de volgende voor de beoordeling van de klacht van belang zijnde feiten en omstandigheden:

Het BFT heeft ingevolge artikel 110 van de Wet op het notarisambt (hierna: Wna) op 23 mei, 30 juni en 10 september 2014 een onderzoek ingesteld op het notariskantoor [naam] (hierna: het notariskantoor), met vestigingen te [plaats] (vestigingsplaats van de notaris) en [plaats] (vestigingsplaats van notaris mr. [C]) en een bijkantoor in [plaats]. Er is sprake van een gezamenlijke kantooradministratie en kantoororganisatie.

De onderzoeksresultaten van voornoemd onderzoek zijn verwerkt in een definitieve rapportage van 26 februari 2015 (bijlage 1 bij de klacht). Het onderzoek betreft de invulling van de notariële verplichtingen door de notarissen en kandidaat-notarissen, werkzaam op het notariskantoor, uitsluitend ten aanzien van het adviseren, voorbereiden en passeren van een reeks van

veertien gepasseerde akten houdende vaststellingsovereenkomsten ten behoeve van Uw Advies BV, met steeds als wederpartij particulier handelende natuurlijke personen, in een periode van 29 januari 2014 tot en met 28 maart 2014.

Van de veertien vaststellingsovereenkomsten zijn er vijf gepasseerd door de kandidaat-notaris (als waarnemer voor notaris mr. [C]), één op 20 februari 2014 (de derde vaststellingsovereenkomst) en vier op 6 maart 2014. Notarisklerk de heer [naam] (hierna: [X]) heeft op 2 december 2013 een e-mailbericht van Uw Advies BV ontvangen, met als onderwerp 'eerste akte', dat als volgt luidt: "Hierbij de gegevens voor de eerste akte: schuldbekentenis € 75.000,-. Geen onderpand. Beste man heeft elders 60.000 schuld en wij gaan garant staan voor deze terugbetaling richting derden. (..) Particulier. Ik zal je z.s.m. paspoort scannen en mailen. Heb je nog meer gegevens nodig?" Uw Advies BV presenteerde zich op de website www.minderloonbeslag.nl als "een adviesbureau dat er voor zorgt dat uw loonbeslag verminderd wordt. Hierdoor heeft u een hoger besteedbaar inkomen beschikbaar voor uzelf". De eerste akte, verleden op 29 januari 2014, is door [X] voorbereid in overleg met [naam kandidaat-notaris] (hierna: [mr. B]). Voor de akte was aanvankelijk een geldleningsovereenkomst opgesteld, maar op verzoek van Uw Advies BV is dat vervolgens gewijzigd in een vaststellingsovereenkomst. Deze vaststellingsovereenkomst heeft model gestaan voor alle daarop volgende akten. De vaststellingsovereenkomst van 29 januari 2014, verleden door mr. [B] als waarnemer van notaris mr. [C], vermeldde onder meer:

"INLEIDING

De opdrachtgever heeft de opdrachtnemer heeft op vijftwintig oktober tweeduizend dertien, mondeling een opdracht gegeven met betrekking tot advieswerkzaamheden. In verband met de door de opdrachtnemer reeds uitgevoerde werkzaamheden heeft de opdrachtnemer reeds twee declaraties verzonden, welke declaraties in totaal belopen een bedrag van (..) (€ 75.000,00). Gemelde declaraties zijn tot op heden nog niet voldaan. De opdrachtnemer wenst met deze overeenkomst vast te stellen dat de opdrachtgever akkoord gaat met de hoogte van gemelde declaraties en dat de opdrachtgever in verband met deze declaraties schuldig erkent aan de opdrachtnemer een bedrag in hoofdsom groot (..) (€ 75.000,00).

VASTSTELLING

In verband met het in de inleiding gemelde verklaart de opdrachtgever dat hij akkoord gaat met de totale hoogte ad (..) (€ 75.000,00) van de aan deze akte nog te hechten declaraties, welke de opdrachtnemer aan de opdrachtgever heeft verstrekt in verband met de door hem voor de opdrachtnemer verrichte werkzaamheden. Tevens verklaart de opdrachtgever in verband met de hierboven gemelde akkoordverklaring schuldig te erkennen aan de opdrachtnemer een bedrag ter grote van het totale bedrag van ver-

melde declaraties ad (..) (€ 75.000,00), hierna dit bedrag ook wel te noemen “de hoofdsom”.

Op de aan de akte gehechte declaratie, één factuur van 28 januari 2014, is een totaalbedrag van € 75.000,- inclusief BTW vermeld, met de omschrijving: “Conform afspraak i.v.m. betalingsgarantie”. De overige akten kenden overeenkomstige teksten en bijbehorende aangehechte facturen, waarbij de advies- respectievelijk factuurbedragen ten aanzien van de door de kandidaat-notaris verleden akten achtereenvolgens waren: € 34.507,54,

€ 134.911,48, € 17.453,23, € 127.305,64 en € 49.985,00. De omschrijving op de facturen, aangehecht aan de door de kandidaat-notaris gepasseerde akten was “Betreft factuur tbv betalingsgarantie minderloonbeslag” dan wel “Conform afspraak i.v.m. betalingsgarantie”.

De aanleiding voor het onderzoek van het BFT was de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 2 mei 2014 in een (deurwaarders)kortgeding (ECLI:NL:RBAMS:2014:2409). De deurwaarder legde de voorzieningenrechter de vraag voor of hij op grond van de akte van 10 maart 2014, verleden door mr. [B] als waarnemer van notaris mr. [D], tot verdeling van de netto-opbrengst van het loonbeslag tussen Uw Advies BV en de eerste beslaglegger, ING (cliënt van de deurwaarder) moest overgaan, omdat er volgens hem sprake was van een (schijn)constructie om via de werking van artikel 3:277 BW een deel van de inhoudingen ingevolge het beslag terug te sluisen naar de schuldenaar, waarbij Uw Advies een niet onaanzienlijke maandelijkse fee incasseerde. De voorzieningenrechter, oordelende dat de deurwaarder zijn ministerie moest weigeren, overwoog onder meer als volgt:

“4.2 Uw Advies heeft loonbeslag gelegd op basis van de onder 2.5 weergegeven vaststellingsovereenkomst, die in een notariële akte is neergelegd. Vast staat dat Uw Advies van de gelden die zij onder het loonbeslag ontvangt 80% uitbetaalt aan de beslagdebiteur, die daardoor per saldo ‘minder loonbeslag’ heeft. Dat betekent dat de omschrijving van de vordering in de vaststellingsovereenkomst afwijkt van de werkelijke bedoelingen van partijen. Immers is niet het genoemde bedrag de werkelijke tegenprestatie voor de geleverde diensten, maar slechts 20% van dit bedrag. Er is dan ook sprake van een schijnhandeling. Op een wijze die niet uit de vaststellingsovereenkomst blijkt is de rechtsverhouding tussen partijen (Uw Advies BV en “de opdrachtgever”, KvN) anders geregeld dan in de akte staat vermeld. Indien in de vaststellingsovereenkomst de werkelijke bedoelingen van partijen zouden zijn opgenomen, te weten dat van het onder het loonbeslag geïncasseerde bedrag weer 80% aan de schuldenaar terugvloeit, is aannemelijk dat de notaris gezien zijn taak als openbaar ambtenaar, die ook met de belangen van derden rekening behoort te houden, de akte niet zou hebben verleden. (...)

4.4 Voorshands is aannemelijk dat partijen valsheid in geschrifte (..) hebben gepleegd. Zij hebben immers in de notariële vaststellingsovereenkomst, een geschrift dat is opgesteld om tot bewijs van een enig feit te dienen, met het oogmerk dat als echt en onvervalst te gebruiken, een verklaring opgenomen waarvan zij wisten dat deze onjuist was, te weten dat Uw Advies een vordering van (..) heeft op [schuldenaar], terwijl die vordering in werkelijkheid slechts 20% van dat bedrag bedraagt. Er moet dan ook vanuit worden gegaan dat de vaststellingsovereenkomst nietig is op grond van strijd met de openbare orde nu deze dwingendrechtelijke bepalingen van beslagrecht ondergraaft (artikel 3:40 lid 1 BW). Ook moet er vanuit worden gegaan dat de vaststellingsovereenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW nietig is wegens strijd met een dwingende rechtsbepaling (te weten artikel 225 Wetboek van Strafrecht). (...)

4.8 Nu in dit geval voorshands niet aannemelijk is geworden dat een betalingsgarantie is verstrekt, kan reeds op die grond in dit geval het verweer van Uw Advies niet slagen. Maar ook als het feit dat de notariële akte vals is buiten beschouwing wordt gelaten en een dergelijke betalingsgarantie aan de eerste beslaglegger wel zou zijn verstrekt, is dat geen omstandigheid die ertoe kan leiden dat de constructie zoals Uw Advies die toepast toelaatbaar is. Weliswaar is het toegestaan met een schuldeiser de afspraak te maken dat deze met een lagere afdracht genoegzaam neemt dan hem volgens de wettelijk regels zou toekomen in ruil voor een betalingsgarantie, maar als een dergelijke afspraak wordt gemaakt is het leggen van een loonbeslag voor een (grotendeels) niet bestaande vordering niet nodig. In die situatie zal een nieuwe beslaglegger ook niet worden benadeeld door de genoemde afspraak, omdat de nieuwe beslaglegger immers daaraan niet gebonden is en mag eisen dat het gehele loon -voor zover dit het vrij te laten bedrag overtreft – wordt verdeeld. Met andere woorden een latere beslaglegger is aan een dergelijke afspraak niet gebonden en wordt daardoor ook niet benadeeld. De tweede beslaglegging zoals Uw Advies die toepast op basis van de door haar gesloten vaststellingsovereenkomst, heeft jegens latere beslagleggers wel nadelige gevolgen.(..)”

Uit de (overige) overwegingen van de voorzieningenrechter blijkt dat in werkelijkheid waarschijnlijk nooit sprake is geweest van een betalingsgarantie van Uw Advies BV ten gunste van haar wederpartij in de litigieuze akten en evenmin van een vordering van Uw Advies BV op dezen ten belope van de in de akten genoemde bedragen.

3. De klacht

3.1 Uit de rapportage blijkt volgens het BFT dat de kandidaat-notaris niet heeft voldaan aan haar onderzoeksplicht ex artikel 17 Wna. In de dossiers zijn namelijk geen nadere stukken aangetroffen waaruit blijkt welke schulden zijn overgenomen en welke advieswerkzaamheden zijn verricht door Uw Advies BV. Ook ontbreken bewijsstukken over de gestelde over te nemen schuld of een verzoek daartoe. Voorts blijkt ook niet dat de kandidaat-notaris bij het passeren van de akte partijen heeft verzocht om een nadere specificatie.

De kandidaat-notaris had Uw Advies BV om nadere onderbouwing van de factuur moeten verzoeken en vooraf ook informatie dienen in te winnen bij de wederpartij, mede gelet op de executoriale kracht van de akte. Dat de executoriale titel voor Uw Advies BV relevant was, wist dan wel behoorde de kandidaat-notaris te weten, omdat de grosse van de eerste akte, gepasseerd op 29 januari 2014, binnen twee weken na passeren werd afgegeven. Daarnaast is het passeren van vier akten op dezelfde dag (waarvan de grossen van die akten op dezelfde dag als het passeren werden afgegeven) voor één cliënt, Uw Advies BV, gelet op de aard van de vaststellingsovereenkomst opvallend, aldus het BFT.

3.2 Er was, gelet op de volgende omstandigheden, volgens het BFT reden voor de kandidaat-notaris om (op grond van artikel 21 lid 2 Wna) haar ministerie te weigeren:

- de aard van de overeenkomst (vaststellingsovereenkomst);
- de inschakeling van een notaris daartoe die bij uitstek juridisch deskundig wordt geacht;
- het feit dat de kandidaat-notaris niet wist hoe het in de overeenkomst vast te stellen bedrag precies was samengesteld (onderverdeling in over te nemen schulden en advieskosten);
- het feit dat grossen op zeer korte termijn of op dezelfde dag werden afgegeven (een executoriale titel was kennelijk relevant);

- het feit dat het om een reeks van akten ging.

Het BFT verwijt de kandidaat-notaris dat zij is doorgegaan met het in de waarneming passeren van de akten, terwijl al bij het passeren van de eerste akte van 29 januari 2014 vast stond dat op basis van de verstrekte informatie geen reële inschatting was te maken of de gestelde schulden en advieswerkzaamheden aannemelijk waren.

4. Het verweer

4.1 De kandidaat-notaris heeft zich als volgt verweerd. De kandidaat-notaris was ten tijde van het passeren nog niet bekend met enige gerechtelijke procedure. Bovendien is het vonnis van de voorzieningenrechter een voorlopig oordeel. Daarom dient volgens de kandidaat-notaris met zekere terughoudendheid gekeken te worden naar de klacht van het BFT. Het gaat er om of er voldoende concrete omstandigheden waren, die aanleiding gaven tot opschorting of weigering van ministerieverlening. De kandidaat-notaris meent dat daarvan geen sprake was.

4.2 De kandidaat-notaris had geen enkele aanwijzing dat door Uw Advies BV misbruik werd gemaakt van juridische onkunde of feitelijk overwicht. De kandidaat-notaris heeft ook aan haar Belehrungspflicht voldaan, door met name zich ervan te vergewissen dat de (particuliere) schuldenaar zich de gevolgen van de akte realiseerde. In zijn rapport bevestigt het BFT ook dat zij aan die informatieplicht heeft voldaan.

4.3 De argumenten van het BFT overtuigen de kandidaat-notaris niet. Zo passeerde de kandidaat-notaris op 6 maart 2014 slechts de derde tot en met de zevende akte van de in totaal veertien aktes en was er toen nog niet echt sprake van een reeks. Daarbij komt dat een reeks aktes op zich niet uitzonderlijk is voor een bedrijf dat zich bedrijfsmatig bezighoudt met het overnemen van schulden van particulieren.

4.4 Ook gaat het BFT volgens de kandidaat-notaris voorbij aan het feit dat het niet ongebruikelijk is dat partijen afspraken in een vaststellingsovereenkomst opnemen om een eventueel toekomstig geschil te voorkomen.

4.5 Voorts worden in de praktijk de in akten opgenomen bedragen niet standaard gecontroleerd aan de hand van verificatoire bescheiden. Tenzij er een reële aanwijzing voor fraude bestaat is er voor de notaris aanleiding om een en ander te controleren. Van een notaris kan niet steeds worden verlangd te controleren of een schuld daadwerkelijk bestaat en uit welke componenten, indien beide partijen verklaren dat het in de akte opgenomen bedrag juist is.

Helaas moet in dit geval achteraf worden vastgesteld dat Uw Advies BV en de betreffende schuldenaren de notarissen en kandidaat-notarissen hebben misleid.

4.6 Tot slot merkt de kandidaat-notaris op dat de door het BFT in de klacht aangehaalde uitspraak van de notariskamer van het hof van 22 september 2015 niet los gezien kan worden van de specifieke feiten in die zaak, zodat daaraan geen al te vergaande conclusies kunnen worden verbonden.

5. De beoordeling

5.1 Ingevolge artikel 93 lid 1 Wna zijn notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens de Wna gegeven bepaling, hetzij met de zorg die zij

als notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris behoren te betrachten ten opzichte van diegenen te wier behoeve zij optreden en ter zake van handelen dat een behoorlijk notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris niet betaamt. De kamer dient te beoordelen of de handelwijze van de kandidaat-notaris een verwijtbare gedraging in de zin van voornoemd artikel oplevert.

5.2 Ter zitting heeft de kandidaat-notaris verklaard dat zij een aantal dagen vóór de waarneming op 20 februari 2014 contact heeft gehad met [X] en mr. [B].

Het was voor haar geen alledaagse akte; zij was er toen niet van op de hoogte dat het een akte uit een reeks betrof. Zij wist niet precies hoe een en ander in elkaar zat; over een loonbeslag was haar toen niets bekend, maar wel dat het om schuldoverneming onder gunstige omstandigheden betrof. Ook had zij van mr. [B] begrepen dat hij voor de eerste akte een model had opgesteld, dat ook voor de akte van 20 februari 2014 (en de akten van 6 maart 2014) werd gebruikt; mede daarom is haar de schrijffout in de eerste zin van de inleiding van de akte niet opgevallen. Op 6 maart 2014 had de kandidaat-notaris weer de waarneming; ze heeft toen niet opnieuw contact gehad met [X] en/of [mr. B]. De kandidaat-notaris kan zich niet meer herinneren of met cliënten is besproken dat het in de vaststellingsovereenkomst vermelde bedrag voor 'advieswerkzaamheden' nogal aan de hoge kant is. Hoewel de kandidaat-notaris zich op het standpunt stelt dat zij niet heeft kunnen vermoeden wat de onderliggende constructie was, meent zij, met de wijsheid achteraf, dat zij beter niet de akten had kunnen passeren.

5.3 Op grond van artikel 21 lid 2 Wna (nader uitgewerkt in artikel 6 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011) is een notaris verplicht zijn dienst te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt, leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft.

5.4 Naar aanleiding van de summiere omschrijving op de factuur van Uw Advies BV 'conform afspraak i.v.m. betalingsgarantie' respectievelijk 'betrft factuur tbv betalingsgarantie minderloonbeslag' had naar het oordeel van de kamer de kandidaat-notaris dienen dóór te vragen naar de aard van dat bedrag, omdat hetzelfde bedrag dat op die factuur werd vermeld in de desbetreffende vaststellingsovereenkomst is omschreven als 'declaraties met betrekking tot (mondeling overeengekomen) advieswerkzaamheden' en het bedrag 'schuldig wordt erkend' als 'hoofdsom', opeisbaar zonder daaraan voorafgaande ingebrekestelling.

Naast deze discrepantie hadden ook de in de (concept-)akten genoemde, voor particulieren toch ongebruikelijke (zeer) hoge bedragen verschuldigd voor adviesdiensten aanleiding moeten zijn voor nadere vragen, evenals het feit dat het toch hoogst ongebruikelijk is dat een dienstverlener een vordering op grond van een onbetaald gebleven declaratie notarieel laat vastleggen in een vaststellingsovereenkomst.

Onderzoek op de website van Uw Advies BV "www.minderloonbeslag.nl" had naar het oordeel van de kamer reeds de nodige vragen bij de kandidaat-notaris kunnen en moeten oproepen.

5.5 De kamer is dan ook van oordeel dat de kandidaat-notaris geen genoeg mocht nemen met de enkele verklaring van Uw Advies BV en de schuldenaar dat het bedrag dat in de vaststellingsovereenkomst werd opgenomen juist was, maar had moeten nagaan of de akte(n) een ongeoorloofd doel dienden, op grond waarvan zij haar ministerie

had dienen te weigeren. In het bijzonder de uitdrukkelijke instemming van de particuliere wederpartij en Uw Advies BV met het in de akte genoemde bedrag had geen aanleiding mogen zijn geen verdere vragen te stellen. Een (kandidaat-)notaris behoort immers erop bedacht te zijn dat hij of zij kan worden gebruikt voor een opzetje en bij de opzet als de onderhavige had de particuliere wederpartij geen belang het bedrag in twijfel te trekken. Het is pas “misgegaan” toen een van deze particulieren zich blijkbaar realiseerde dat hij door te tekenen voor het genoemde bedrag ook instemde met een in werkelijkheid niet bestaande schuld aan een derde, naast de schulden die hij al had.

5.6 De klacht van het BFT wordt daarom gegrond geacht. De kandidaat-notaris is voor haar gedrag zelfstandig tuchtrechtelijk aansprakelijk. De kamer ziet echter reden om aan de kandidaat-notaris slechts de maatregel van waarschuwing op te leggen, omdat zij (weliswaar achteraf) heeft ingezien dat zij haar ministerie niet had moeten verlenen en nu de kamer op grond van de ter zitting afgelegde verklaringen ervan mocht uitgaan, dat de kandidaat-notaris geen enkel aandeel heeft gehad in de voorbereiding van de akten en niet de contacten met de betrokkenen heeft onderhouden.

Beslissing

De kamer voor het notariaat:

- verklaart de klacht gegrond;
- legt de kandidaat-notaris een waarschuwing op.

Deze beslissing is gegeven door mrs. O.J. van Leeuwen, voorzitter, J.J. Dijk, R.H. Meppelink, Th.W. van Grafhorst en N.T. Vink, leden, in tegenwoordigheid van mr. E.B.T. Kienhuis, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 14 juli 2016.

Tegen deze beslissing staat hoger beroep open bij het Gerechtshof te Amsterdam (postbus 1312, 1000 BH Amsterdam) binnen 30 dagen na de dag van verzending van de aangetekend verzonden kennisgeving.